

文章编号: 1674 - 5205(2016)03-0049-(011)

# 最高人民法院如何统一法律适用

## ——非正规释法技艺的考察

安晨曦

(海南大学法学院, 海南 海口 570228)

**摘要** 最高法院借由法律解释权分化,事实上成为中国境遇中的释法主角。对最高法院释法技艺的考察表明,司法解释是其正规的释法技术策略。以中国的政法逻辑为轴心,法院执行政党政策的姿态已然演绎成“政党政策——政策解释”的中国惯例;以例辅律的指导性案例制度、大法官以政治角色表达的权威话语、最低限度的适法共识——会议纪要、法律家撰文释法等非正式形态,逐渐形塑为替代型释法策略。选择非正规技艺统一之道的考虑在于:镶嵌在政治生态中的司法权运行逻辑、释法追加成本的多寡、供给司法解释“再解释”的应时性需求、降低司法解释执行的不确定性风险等因素。

**关键词** 统一法律适用; 政策解释; 指导性案例; 司法会议; 法律家撰文

**Abstract:** The Supreme Court has become the factual leading actor of interpreting law in Chinese background through separation of law interpretation power. Research on the Supreme Court's interpreting skills shows that judicial interpretation is the official strategy of interpreting law. Taking logics of Chinese politics and laws as axes, the court's posture of executing political party's policy has become Chinese convention of "political party's policy - policy interpretation". Unofficial forms like guiding cases institution of regulation as auxiliary and law as main one, authorized words of grand justice in political part, lowest level of common sense in legitimacy (summary of conversations, jurists' interpretation of law, and so on) etc. have gradually been shaped to a fungible type of law interpretation strategy. Factors which should be considered in choosing ways of unofficial skills' unification are judicial power's operation logic inset into political ecology, amount of law interpretation's additional costs, timely need of supplying judicial interpretation to re-interpret and lower uncertain risk of judicial interpretation's execution, etc.

**Key Words:** unified application of law; policy interpretation; guiding cases; judicial conference; jurists' articles

中图分类号: DF0 - 05 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2016.03.005

### 一、导论

为什么由最高人民法院(以下简称“最高法院”)而非立法官统一法律的适用?从我国“议行合一”的政权组织形态、司法规律之逻辑考究,分权理论原型塑造了最高法院适法者的身份,它原本不应当侵蚀立法权而惯常策划立法的动议——那是立法官的天职。但因全国人大常委会工作机制的缺陷<sup>①</sup>、法律解释主

体的比较优势等原因<sup>②</sup>,客观上使得立法官难以亲为释法权之行使。而且法律“解释”一语的不确定性势必也意味着循环重复的叠加式解释<sup>③</sup>，“法律解释不应受正义指引,而应由效率指引”。<sup>(1)</sup>正因为通过正

<sup>①</sup> 根据《全国人民代表大会常务委员会会议事规则》第3条规定,全国人大常委会会议一般每两个月举行一次。加之会期较短,因而其无力履行繁重的释法任务。

<sup>②</sup> 据统计,截止2015年4月,全国人大常委会仅发布立法解释18部。

<sup>③</sup> 目前各种法律解释方法的适用规则仍是个未决问题,故而“解释”是基于保守立场对法律规范客观涵义的阐明与适用,还是置于能动语境,从后果考量进行的规范创制,尚处于模糊地带。就如波斯纳法官所说,解释是一个含混的、总体的甚至是没有边界的概念,解释是一个变色龙。参见(美)波斯纳《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第341页。另,纪诚在研究司法解释时总结了20种方法,也印证了此观点。参见纪诚《最高人民法院司法解释——一个初步的考察》,中国政法大学出版社2007年版,第177-197页。

收稿日期:2015-10-11

基金项目:2013年国家社科基金项目(13BFX010)“我国转型社会中的法治思维研究”;海南省教育厅2015年创新科研课题(Hyb2015-07)“政法传统中司法政策对民事诉讼的影响研究”

作者简介:安晨曦(1982—),男,河北省张家口市人,海南大学法学院助教、博士研究生。

规的民主决策程序补缺法律往往并非一项经济的事 业。立法官在法律解释中的主导权默示地出现分化，以至于我们看到最高法院并非“偶尔”在立法。从结构功能主义看，现代法院的功能从原来解决法律纠纷日益转向通过具体的纠纷解决而建立起一套旨在影响案件当事人和其他人未来的行为规则<sup>①</sup>。作为一国最高阶位的司法机构，最高法院具有司法资源和信息方面等诸多优势，几乎所有国家都将其定位成推行法制统一的主角，预设了统一释法的使命<sup>②</sup>。

因何需要统一？“同案同判或异判”是民众对司法正义与非最朴实的评判。虽然是否存在终极意义上的同判尚存争议，但中国境遇中法律适用长期存在“一个个地方割据的方言岛”<sup>③</sup>现象是不争之事实。究其成因可谓多元，从立法官的“自负”心态看<sup>④</sup>，通过法律的国家治理，他们往往会基于“经济人假设”尽量将纷争化解的条件预设权集于他的组织。但立法事业不仅仅是一项理性建构的工程，正如他们草制《消费者权益保护法》时不会预测到“王海知假买假案”，使该法第 49 条出现适法困境导致异判；也未曾预料到许霆效应的出现，《民事诉讼法》第 13 条、第 55 条等适法争议<sup>⑤</sup>。再加之立法草创中多方利益主体的博弈可能使局部关系难以协调、意识形态或强或弱介入等因素，使得“法律产品的间隙”一直以来，即便在十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称“《决定》”）提出“精细化立法”以及修订后的《立法法》立志要扭转法律被架空局面之趋势下<sup>⑥</sup>，仍将大小不一地存在。因为“没有任何法律可以得到如此精确地限定，以至于避免了任何解释问题；同时没有任何法律能够如此精确地限定，以至于明确地包含了一切可能出现的情况。”<sup>⑦</sup>于此，最高法院被授权或自居为“立法官”而行为，在各级法院差序格局的司法环境中、法官参差不齐的适法态度与偏好等困境下，策划争端化解的细目条件依然是不可避免的义务。

如何统一？——以释法的名义。从全国人大及其常委会法律解释权向法院的 4 次流转看<sup>⑧</sup>，基本属于一揽子授权，至于采取何种释法策略，均源自最高法院的智慧。自 1955 年全国人大常委会《关于解释法律问题的决议》<sup>⑨</sup>授予最高法院释法权后，逐渐从单一的正规策略——司法解释<sup>⑩</sup>，形成以指导性案例、司法会议治理、法律家撰文等非正规技艺或称为非正式制度安排为补强的多元治理体系。但不论何种技艺，其实质都是在解释法律或政策<sup>⑪</sup>。而且从比较法的立场看，多数国家都建立有保证法律统一适用的制度，除判例外，比如欧洲各国最高法院在审前阶

段建立了研讨会、座谈会、专题培训等非正式机制<sup>⑫</sup>。为什么最高法院会选择非正规的释法策略？它与司法解释是何种关系？这些技术策略的司法运行面相为何？在我国司法裁决依据“法律”的官方路线下，这些非正规的替代策略之地位如何？等等问题的考察，试图追问：最高法院统一法律适用的中国经验。故而，笔者撰文之目的不在于探讨各种策略的制度改良问题，亦不倾向于价值取向层面的追问，当然着眼于释法体系的发展，期冀各项技艺本身的优化也当属学界的长期作业。

## 二、政策的司法统一解释模式

### （一）法院因何需要执行政党政策

按照公共政策执行的中国模式，部分政党政策势

① 参见〔日〕小島武司《司法制度的历史与未来》，汪祖兴译，法律出版社 2000 年版，第 28 页。近来，最高法院设立巡回法庭的举动也表明，它逐渐剥离事实审之功能，专研制定司法解释和司法政策，功能定位逐步转向公共政策创制法院。参见罗书臻《巡回法庭要当司法改革排头兵——访最高人民法院审委会专职委员、第二巡回法庭庭长胡云腾》，载《人民法院报》2015 年 2 月 1 日，第 4 版。

② 参见左卫民等《最高法院研究》，法律出版社 2004 年版，第 7 页。相关观点，如傅郁林将最高法院的职能定位为通过统一解释法律保障法律统一实施。傅郁林《民事司法制度的功能与结构》，北京大学出版社 2006 年版，第 34 页；以色列前最高法院院长巴拉克认为，法院的职责是立法方案的最低合作者，通过弥合法律与生活的差距，实现司法职责。〔以〕巴拉克《民主国家的法官》，毕洪海译，法律出版社 2011 年版，第 16 页。德沃金也将法院定位为立法机关的合作者而非“忠实代理人”，参见〔美〕德沃金《自由的法》，刘丽君译，上海人民出版社 2001 年版，导言。

③ “徒法不足以自行”，因而尚有法官个体因素之影响。如法官来源、素养、智识、经验与态度，等等。也有学者从民事诉讼制度着眼，解释了同案异判现象发生的必然性。如自由心证主义之判断独立性、围绕证明标准降低之认识分歧、经验规则之选择多样性、司法裁量空间广泛性。参见段文波《民事程序视角下的同案不同判》，载《当代法学》2012 年第 5 期，第 21—22 页。

④ 《民事诉讼法》第 13 条、第 55 条分别是关于诚信原则适用主体、公益诉讼原告资格之争。

⑤ 《立法法》第 6 条第 2 款“法律规范应当明确、具体，具有针对性和可执行性。”

⑥ 最高法院司法解释权历经 4 次授权：（1）1955 年全国人大常委会《关于解释法律问题的决议》；（2）1979 年《人民法院组织法》第 33 条之规定；（3）1981 年全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》；（4）2015 年《立法法》第 104 条之规定。

⑦ 决议规定“凡关于审判过程中如何具体适用法律、法令的问题，由最高人民法院审判委员会进行解释。”

⑧ 除司法解释外，其他国家最高法院法制统一功能的实践形式还表现为以美国为代表的判例拘束式、法国的判决撤销式。参见左卫民等《最高法院研究》，法律出版社 2004 年版，第 7 页。我国司法解释的统一策略之所以是正规化的释法技术，主要因为它不仅具有正式的法源地位，而且已从非程式化运行达到了较高的正规化程度，属于法律职业共同体公认的统一法律适用策略。

⑨ 至于如何解释，目前有三派理论：形式解释派、现实解释派、法律过程解释派。参见何家弘主编《外国司法判例制度》，中国法制出版社 2014 年版，第 98—99 页。

⑩ 详细内容参见丁广宇《欧洲各国最高法院保证法律统一解释的作用与机制》，载《法律适用》2007 年第 3 期，第 18 页。

必需要借助法院场域得到执行<sup>①</sup>。司法裁判的应然逻辑或者说通过司法的理想型社会治理,应当是“法律一元”的民主型决策行动。宪法架构中的司法释法,理应是“法律——司法解释”的逻辑形态,那为何会存在“政党政策——政策解释”的中国惯例呢?从我国司法与政治的关系求解,司法始终是作为政治的重要组成部分而存在,司法须臾离不开政治,这从政法一词充斥社会生活国家生活的深度广度即可见一斑<sup>②</sup>。在政治生态中,司法权之运行镶嵌于政法传统中。执政党意志,或说“政策”的原初指向本是政治语权的代名词,只是在我国弱法治的特殊时期,“法律虚无主义”的盛行使得政策被赋予了至高的、充当裁判规则的功能<sup>③</sup>。同时,我国司法体制存在与运行的政治逻辑、司法参与社会治理的当代功能等客观现实,使得政策介入司法、司法服务于政治与治理大局成为必然。也就是说,中国政治体制下的审判机关绝非纯粹的纷争化解机构,它的“终极目标仍然是政治性的目标——落实政党政策、维护现行政治体制,服务于国家的统治职能……”<sup>④</sup>换言之,司法有着较强的意识形态属性,“法院工作的全部功能就是维护既定的社会秩序和政治权威,而要实现这一功能,在很大程度上取决于法院对意识形态产生、发展和维护的作用”。<sup>⑤</sup>于此,央地法院的权力运作只能追随而不能脱离政策所架构的“大局”图景。这就需要最高法院统一将“党的政策转化为司法政策,指导法院的各项工作,实现法制统一”。<sup>⑥</sup>这也是最高法院在各级法院差序格局贯彻党的政策之困境下,求得政治效果统一而采取技术策略的动因<sup>④</sup>。

## (二) 转化政党政策为司法政策: 统一适法的政治考量

为使审判取得正确的政治与社会效果,最高法院在统一适法行动中必须进行政策考量。政党政策的宏观属性也决定了适用它时的解释问题。以最高法院应对金融危机的系列行为为例,为使政党政策之目标无偏差实现,最高法院坚持政治中心导向,通过亦步亦趋地“转化”政党政策为“司法政策”,解释政策,反复强调“政策”、“社会效果”等政治语词,统一了法官适法的政治导向。如2009年3月,最高法院在《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》中指出“人民法院在审理此类案件中,要将法律条文规则的适用与中央政策精神的实现相结合……”同年6月,在《关于正确审理企业破产案件为维护市场经济秩序提供司法保障若干问题的意见》中要求“审理企业破产案件的法官,要大力加强对党的路线方针政策的学习,增强大局意识和责任意识

……”同期的《关于当前形势下做好行政审判工作的若干意见》又指出“正确处理适用法律与执行政策的关系,努力实现法律效果与社会效果的有机统一。”从政策的层级执行逻辑看,司法政策之生成带有浓厚的政治服从色彩,表明最高法院意图通过个案裁判兑现政策目标。

国家政策之出台动机多源于中央的政策精神<sup>⑤</sup>,按照行政权与司法权功能完全分化的逻辑,国家政策从制定到执行的全过程是行政主体分内的事,几乎无需借助法院的力量来配合政策的执行。但是,从金融危机期间最高法院的举动看,它积极将国家政策“转化”为司法政策,同时演绎了国家治理主体和统一适法主角之角色。如最高法院2009年发布的《关于应对国际金融危机做好当前执行工作的若干意见》指出“坚持依法执行与贯彻国家宏观政策相结合。既要在法律的框架内正确适用法律,又要在国家宏观政策出现新变化,对司法工作提出新要求时,将国家宏观政策精神和要求切实贯彻落实到执行工作中……”《关于当前形势下做好行政审判工作的若干意见》要求“充分发挥司法保障作用,依法支持行政机关为应对金融危机而采取的各项政策、措施……”《关于当前形势下进一步做好房地产纠纷案件审判工作的指导意见》也指出“切实依法保护国家投资基础设施建设拉大内需政策的落实……”这说明,由于传统政法逻辑、行政主体的弱执行能力以及政府与法院管事权限尚未完全分化的现实条件,“如果把政

① 此处指涉的“政党政策”包括中国共产党的政策和国家政策。

② 详细论证参见李树民《当代中国司法公信力建构的政治蕴含》,载《当代法学》2013年第4期,第113页。

③ 如1949年1月21日《中央书记处关于接管平津国民党司法机关的建议》指出“宣布国民党政府一切法律无效,禁止在任何刑事民事案件中,援引任何国民党法律。法院一切审判,均依据军管会公布之法令及人民政府之政策处理。”同年2月22日《中共中央关于废除国民党〈六法全书〉和确定解放区司法原则的指示》规定“在无产阶级领导的以工农联盟为主体的人民民主专政的政权下,国民党的《六法全书》应该废除,人民的司法工作不能再以国民党的《六法全书》为依据,而应该以人民的新的法律为依据。在人民的新的法律还没有系统地发布以前,则应该以共产党的政策以及人民政府与人民解放军所已发布的各种纲领、法律、命令、条例、决议作依据……”参见中共中央文献研究室编《建党以来重要文献选编(第26册)》,中央文献出版社2011年版,第69、154—155页。

④ 如党的十六届六中全会作出《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》后,最高法院随即制定《关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》,这一司法政策成为各级法院统一适法、贯彻党的政策的行为导向。

⑤ 最高法院在其审理的“崂山国土局与南太置业公司国有土地使用权出让合同纠纷案”裁判要旨中指出,国务院下发的有关规范整顿土地出让市场秩序的通知以及国务院有关部门颁发的贯彻配套规定等规范性文件,属于国家政策。参见最高人民法院办公厅编《中华人民共和国最高人民法院公报(2007年卷)》,人民法院出版社2008年版,第278页。

府视为一个社会的总管,那么司法活动就必须致力于贯彻国家的纲领、执行国家的政策”。<sup>(7)</sup>法院的作为要跟随政策、与政策保持同一方向,无奈地徘徊于“受动与能动”之间,事实上在以“党领导的公共政策执行机制”中更多地迎合了能动趋向,成为全方位参与社会治理的“国家政策执行法院”。

再以知识产权领域的司法政策作为例证。党的十七大报告提出“实施知识产权战略”的总政策,随后国务院于2008年6月发布《国家知识产权战略纲要》,决定实施国家知识产权战略。最高法院坚持“为大局服务”的意识,紧随两个政策于2009年3月出台《关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》,4月出台《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》,着重提出了“准确把握专利司法政策”、“完善商标司法政策”等目标。这种逻辑下的司法政策,迎合了“大局”、践行了能动的司法哲学,亦为法院提供了裁判导向。法院的政治属性决定了“服务大局”是为政者对其提出的行为总政策,实际上也是法官适法的指南<sup>①</sup>。这类政策在于强调执政党的领导并确保裁判导向由上而下的统一,政治意义远大于法律意义,它是连接法律与政治最近的一座桥梁,是引领其他类型司法政策的总纲<sup>②</sup>。这一运作逻辑表明最高法院在大局意识下为法官用法供给了统一的政策解释。当然,这类司法政策仅具有行为或思维导向功能,工具价值略小。另外,我们也应看到,由“服从到服务”、“克制到能动”的政策控制型司法,使得司法的本源面貌日渐逊色。法院“亦步亦趋、一一映射式地线性执行方式”<sup>(8)</sup>更应在司法规律的语境中反思。

### (三) 微观国家政策如何适用

微观国家政策虽有其正式法源地位<sup>③</sup>,但司法适用问题尚未引起关注。从法律适用学角度而言,微观国家政策仅指称某种与法律有关的或者在一定程度上起到某种类似于法律规则作用的成文规则。<sup>(9)</sup>如各类通知、决定、政令、声明、指示等等,排除了行政法规及其上位的规范性文件。与法律的数量相比,微观国家政策可以用王名扬的“法规犹如汪洋大海,法律只是漂浮在大海中的少数孤岛”来形容<sup>④</sup>。庞大的政策群是个不可避免的现实,如何与法律协调进行司法适用呢?

最高法院在某些场合表明了它的态度,即将微观国家政策作为支撑裁判结论的理由。如最高法院2009年发布的《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》(以下简称“《引用规定》”)第6条规定,其他规范性文件(包括国家政策)根据审理

案件的需要,经审查认定为合法有效的,可以作为裁判说理的依据。之所以只能用于说理,正是因为最高法院恪守“以法律为准绳”的法条主义形象。但从功利性的法官行为看,能结案与维稳,有一个能与案件事实基本吻合的“成文规定”作为适用法律的条件即可,因而很多情况将国家政策直接作为“裁判依据”<sup>⑤</sup>。因为“基层法官已经习惯于直接适用地方政府红头文件、上级法院的会议纪要办案,因为它们内容具体,便于操作,而且可以大大降低案件的改判发回率。至于这些非正式法源与正式法源及法律精神是否一致,他们往往无暇审查,于是前者事实上取得法律甚至立法的地位,法律位价极不正常地发生错位或倒置。这样,实务中最优先被考虑、最有效力的是行政机关的红头文件及其个别领导的指示、最高法院座谈会纪要或院长的讲话,其次是行政法规、地方性法规,再次是狭义上的法律,最后才是宪法。”<sup>(10)</sup>这一现象的存在需要我们探讨微观政策的规范适用问题。

在笔者看来,首先要符合法律精神与公共利益,也就是博登海默所说的“在实在法模棱两可或未作规定的情形下,公共政策构成了法官可以适当诉诸的法律的非正式渊源,但是法官对于实施与基本正义标准相冲突的公共政策应当具有否决权。”<sup>(11)</sup>而且,理应考察是否与高位阶规范相映衬;二是遵循“禁止向一般条款逃逸”的原则,此时的国家政策应优先于原则适用;三是评价政策的时效性,对不符合现时情势的过时政策禁止适用;四是论证运用政策裁判的心证过程。因为法官往往将国家政策笼统言之或干脆将它作为文书的匿名者,仅仅用与案件关联不大的“法律条文”修饰裁判的正当性。心证的开示可以让当事人知悉国家政策的适用是否正确,因为它也属于因“法律适用错误”而可以救济的范畴。此举也为落实十八届三中全会提出的“增强法律文书说理性”提供了对策。这些条件应当是实用主义的法官在越来越多政策面前应肩负的职业重任。

① 如海南省文昌市人民法院在(2001)海南民终字第114号民事判决书中认为,被告与第三人的土地承包合同订立本意与农村土地承包期再延长30年的中央农村土地政策相一致。

② 详细论证参见宫小汀、陈聪《知识产权司法政策对法官自由裁量权的引导》,载《人民司法》2014年第24期,第39页。

③ 《民法通则》第6条“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。”

④ 详细论证参见王名扬《美国行政法(上册)》,中国法制出版社2005年版,第350页。

⑤ 如河南省汝州市人民法院(2014)汝民金初字第58号民事判决书;江苏省如东县人民法院(2014)东民初字第01145号民事判决书;山东省济南市历下区人民法院(2014)历民初字第835号民事判决书,等等。包括诸多尚未列举的裁判文书中,判决依据都作了如下表述“依照……及国家有关民事政策之规定,判决如下……”

### 三、外部成本节约型策略:指导性案例

#### (一) 为什么是经济的释法策略

指导性案例是活跃于法律界且耳熟能详的高频语词。从“先例”、“判例”、“案例指导”等形式符号之争<sup>①</sup>,一直到百家争鸣的学理探究虽仍有盲点,但正如《决定》指出的,案例指导在培植“国家法制统一”的政治语境中,对于“统一法律适用标准”具有独特的时代品格。笔者之所以将其类型化于非正规的技术策略范畴,主要是因为与正规的、已运行60年的中国特色法律解释现象——司法解释之法源地位相比,指导性案例虽有最高人民法院的《人民法院第二个五年改革纲要》、《关于案例指导工作的规定》(以下简称“《规定》”)等创制来源,但它的存在与运行仅属于最高法院改革性尝试的产物,尚不属于全国人大“法律解释”授权之范围,而且在审判实务中的地位<sup>②</sup>、适用率都略低,法官对其接受程度尚处于较低的心理适应期。

我们说法律解释的成本较高,但“相比之下,立法自身所花费的一般并不很高,更大的费用是在立法之后的执法和司法。立法时的一个重要考虑因素就是必须估算执法和司法是否可行,是否便宜,费用和收益之比是否比采取其他措施的费用收益之比要大……”<sup>(12)</sup>于是释法权适当分权于司法后,司法解释的成本也凸显出不划算的趋势。最高法院选择“案例”这种制度装置来策划法律适用的同质性,也优先进行了成本考量。比如,与司法解释相比<sup>③</sup>,案例指导制度至少省去了与党中央、全国人大及其常委会、国务院及其职能部门等外部组织的协调成本、信息收集成本、调研形态的实践成本等。而且无论是指导性案例还是《最高人民法院公报》登载的案例,大部分并非最高法院的案例而是由地方法院原始创造的产物,其中虽有最高法院的智力财富,但更多的是一种将部分成本转嫁于地方法院的“节约型”技艺。汪全胜的研究也表明,“将实际生活中已有的规范提升为法律规范比重新设计要节约成本,将旧的法律规范加以吸收比重新制定要节约成本”。<sup>(13)</sup>因此,指导性案例是一项经济的释法事业。

#### (二) 运行面相与发展趋势

最高法院试图以指导性案例实现适法统一之预期与实际效果是相悖的。从笔者借助中国裁判文书网的检索信息看,近年来陆续可见当事人将“指导性案例”作为其诉请依据或辩护理由之现象。从“判决理由”部分看,仅少数法院对这项诉请给予了回应。大致有三种情形:1. 当事人援引的《最高人民法院公

报》案例并非是根据《规定》发布的指导性案例,不能参照处理<sup>④</sup>;2. 最高法院在《规定》实施前发布的案例,若符合指导性案例条件但未重新公布的,不再视为指导性案例,不能参照处理<sup>⑤</sup>;3. 判决“说理”时对指导性案例进行了论证。有的法院援引了指导性案例的发布批次、编号、案由<sup>⑥</sup>,也有的援引了裁判要点<sup>⑦</sup>,还有的注明了刊载案例的出版物名称、出版社、年份版次及页码<sup>⑧</sup>。另据某课题组调研成果显示,“案例适用率较低,试点法院共结案305,000件,但参照适用案例的仅占结案总数的0.58%……”<sup>⑨</sup>这也说明,法官已习惯成文的适法传统,尚未格式化为“先找”案例的心理与用案例的技艺,对指导性案例的适用还相当保守。

指导性案例的功能尚未充分发挥也与其效力问题有关。学界的探讨大致有司法解释说、判例说、法律适用说等若干主流观点<sup>⑩</sup>。该问题直接关乎指导性案例能否作为裁判依据?那么要成为裁判依据的资格又为何呢?一般认为,裁判依据应当具备法律渊源的地位。显然,它并没有从法律中得到授权,因而不能作为裁判的依据。但是,诚如很多法官所言:“因为最高法院的权威,这些案例基本等同于法律……在业务中的作用是很大的。”<sup>(14)</sup>但由于效力含糊,即便使用了指导性案例也不敢在判决中说明,而

① 称谓之争,可参见樊军《加强案例研究推进法治现代化——案例研究与法治现代化高层论坛综述》,载《法律适用》2001年第11期;蒋惠岭《建立案例指导制度的几个具体问题》,载《法律适用》2004年第5期。

② 根据最高法院《关于案例指导工作的规定》、《关于司法解释工作的规定》以及《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》等司法文件,司法解释与法律“同质”,可作为裁判依据;而指导性案例仅具有参照适用的地位,不能作为裁判依据,仅可论证裁判理由。

③ 据侯猛研究表明,司法解释的成本包括寻找信息成本、讨价还价、决策成本及政策执行成本。参见侯猛《中国最高人民法院研究——以司法的影响力切入》,法律出版社2007年版,第80页。

④ 最高人民法院(2014)民申字第441号民事裁定书。

⑤ 江苏省高级人民法院(2014)苏审三商申字第00273号民事裁定书。

⑥ 内蒙古自治区乌海市海勃湾区人民法院(2014)乌勃民一初字第00089号民事判决书。

⑦ 上海市奉贤区人民法院(2014)奉民一(民)初字第1893号民事判决书。

⑧ 吉林省九台市人民法院(2014)九民初字第2236号民事判决书。

⑨ 参见四川省高级人民法院、四川大学联合课题组《中国特色案例指导制度的发展与完善》,载《中国法学》2013年第3期,第37页。

⑩ 关于指导性案例与立法、判例、司法解释之关系,可参见胡锦涛《司法公信力的理论与实务》,人民法院出版社2011年版,第271—274页。

是隐含于或外挂于判决书<sup>①</sup>。然而如果指导性案例不能援引,那么它和法院经常发布的典型案例仅具有形式上的指导,并无实质意义二者有何区别呢?对此,笔者分析了已发布的10批52个指导性案例,从裁判要点的提炼发现,有4个案例是对法律条文的直接应用,5个案例属于对法律间隙的补强,43个案例是对具体法律条文的解释。于此,指导性案例实质是在“释法”,与司法解释以“神似形异”的姿态为适法统一事业协力贡献。换言之,指导性案例虽然不是司法解释的一种形式<sup>②</sup>,但二者都由审委会通过,目的导向一致,至少应当作为论证裁判结论的说服力依据。当然,也是因为我国长期恪守成文法作为裁判依据的传统,故而“最高法也倾向于将指导性案例作为裁判理由,而不能作为裁判依据”,也是想避开“法官造法”的障碍<sup>③</sup>。指导性案例的运行需要精细的技术支撑,当然除笔者提议的援引技术外,还有识别、论证等技术层面<sup>④</sup>。借鉴两大法系国家的做法,他们在引用判例裁决时也只在裁判文书中写明判例的名称和出处,而不把其适用判例的整个思维过程表达出来<sup>⑤</sup>。因此,我国法官对指导性案例的援引,也只需要指出指导性案例的名称、编号及具体指导规则即可。其中,“裁判要点”是司法政策的实质内容,而指导性案例本身只是公共政策的一种表达方式<sup>⑥</sup>。

“制度变化的供给有这样的显著特点:它取决于政治秩序提供变化的能力和意愿。”<sup>(15)</sup>中国重要制度的变迁,基本已形成“高位推动——层级规划”的常态模式,同样,“当下中国指导性案例生成受到了党和政府‘高位推动’的影响,往往将政策、公共议题等因素作为遴选因素”。<sup>(16)</sup>从《决定》这一党的政策所传递的信息分析,指导性案例有望借助制定法获得法源地位,塑造法官使用它的思维与行为习惯,成为与司法解释同质的另一正规化释法策略。

#### 四、最高法院的会议治理机制:重要讲话与会议纪要

##### (一) 院庭长作为政治人的讲话精神

讲话与司法会议结伴而生,而会议与文件又是法院体制运行的两个基本工具。为什么最高法院院长、庭长等谓之“官者”的重要讲话,会在司法场域演绎“会讲话的法律”之角色<sup>⑦</sup>?又因何会折射出集法律、政策、政治于一体的司法政策呢?司法政策又为何具有统一适法的功能?这些问题试图从多个层面解释。

1. 权威人士的话语权力。“话语”并非垄断于语言学或文艺学的概念,法国思想家米歇尔·福柯的研究表明,话语蕴含了权力资源。他指出,在有话语的

地方就有权力,权力是话语运作无所不在的支配力量<sup>⑧</sup>。按照福柯的观点,大法官作为政治实体的代言人,任何需要法院执行的政治决议或法院自己的决策,都需要在选定的时间与特定场合,由这些位高权重的大法官来表达。典型实例如最高法院的新闻发言人制度、司法解释发布后大法官“答记者问”均属于常态的对司法解释的“再解释”。他们在重要会议等场合话语表达的本质即是司法权力的运作,比如很多情况下与会者都持有会议文件,为什么还要由领导宣读呢?因为“念文件的过程虽很乏味,却很重要,因为它是权威关系呈现的一个不可或缺的仪式”。<sup>(17)</sup>也就是说通过这样一种惯常会议制度所营造的情境与政策宣示,来形塑一种对地方法院的支配与统摄关系。我们常看到,历次承载释法内容的全国性座谈会讲话及其纪要都由最高法院办公厅以“法发”文件印发于各级法院执行。福柯同时认为,话语是人类科学的知识体系,人类的一切知识都是通过话语而获得。笔者分析了李国光、沈德咏、江必新、奚晓明等“副院长”历次重要讲话文本,大致从三个层面展开:(1)近年来审判工作回顾;(2)当前审判工作面临的形势和任务;(3)审判中的法律适用问题。对于通过讲话直接传递最高法院适法倾向性意见的方式有两种,一种是宏观导向型指引,不提出具体的适法规则<sup>⑨</sup>;另则

① 参见张强《指导性案例中具有指导性部分的确定与适用》,载《法学》2008年第10期,第97—98页。

② 当然,也有学者将指导性案例视为司法解释的一种。参见董皞《迈出案例通向判例的困惑之门》,载《法律适用》2007年第1期;周伟《通过案例解释法律:最高人民法院案例指导制度的发展》,载《当代法学》2009年第2期。

③ 详细论述参见黄秀丽《用“许霆”判决统一“许霆们”:中国式判例制度实验在即》,载《南方周末》2010年8月19日,第A04版。

④ 详细论述参见董皞《指导性案例在统一法律适用中的技术探讨》,载《法学》2008年第11期;陈杭平《论“同案不同判”的产生与识别》,载《当代法学》2012年第5期。

⑤ 详细论述参见董皞主编《中国判例解释构建之路》,中国政法大学出版社2009年版,第215页。

⑥ 详细论述参见李超《指导性案例:公共政策的一种表达方式》,载《法律适用》2014年第6期,第20页。

⑦ 这一观点,有些思想家做过类似描述。如西塞罗在《论法律》中认为,官员只是说话的法律;孟德斯鸠的《论法的精神》说到,法官只不过是讲法律的嘴,仅是被动物,没有能力削弱法的强制性和严格;马歇尔法官把法官视为“法律的代言人”。

⑧ 详细内容参见王一川《语言乌托邦——20世纪西方语言论美学探究》,云南人民出版社1994年版,第241页。

⑨ 如《最高人民法院副院长江必新在全国法院行政审判工作座谈会上的讲话(2003年)》、《最高人民法院副院长奚晓明在全国法院知识产权审判工作座谈会上的讲话(2010年)》。

是工具性的适法策略<sup>①</sup>。于此,司法权力的运作与司法知识的供给同步进行,在当前我国法律供给不足的情势下,大法官通过话语权行使的特殊途径为司法裁判的知识需求提供了保障。

2. 强科层式的司法管理模式。我国司法与行政通过协调、合作、信息交流等手段协力服务大局的经验式权力运作机制,使得上令下从的行政化权力运行方式在法官甚至民众意识中根深蒂固。“以行政级别为基础的‘科层制’构造仍然是司法机关内部权力构造的核心特征,即在法院内部,权力向庭长、院长等领导者集中,在法院外部,权力由下级法院向上级法院、地方法院向最高人民法院集中,从而形成一种金字塔型权力结构。”<sup>(18)</sup>这种与行政权运行近似的管理体制,以“级别”、“审级”为敬畏的标签,强调上下级法院间“指导——遵从”的政治逻辑,只有服从上级法院的意志契合它的态度,才能赢得个体的最优利益。特别是从结构功能主义角度看,最高法院在政治与宪法架构内处于政权机构与顶层审判机构的特殊地位,它的文件和精神会在这种模式中“一级级往下念”,以彰显等级和权威助力政策的执行。波斯纳法官曾言“权威在法律中意味着另外一些东西。法律决定是有权威的,这不仅在它们统帅法律人的共识的时候如此,而且在它们从上层司法传达下来的时候也是如此。这种政治权威与智识权威之间的唯一相似之处就是在等级顶端做出的司法决定大致要比等级下层的司法决定更可能正确。”<sup>(19)</sup>因而,最高法院的任何行动,包括大法官的言行,造就了地方法院“唯上级是尊,唯权力是尊”的保守型屈从角色。自然地,最高法院释放出的任何信号,地方法院都需要在裁判中依此为行为的导向。如会议讲话文本由最高法院以“司法文件”之形式动员各级法院,在系统内传达执行。虽不具有约束力,但各级法院均会按会议精神裁判案件,否则会在二审中改判。

3. 为政者与大法官的权威。按照米尔斯在《权力精英》中提出的社会精英理论,为政者与大法官是伯克哈特所说的“大人物”,是紧挨着精英之下的权力中层的职业政治家,他们可能直接为掌权者出谋划策,决策可能影响普通人的日常生活世界,其地位可以使他们做出具有重要后果的决定<sup>②</sup>。而且在官僚制体系中他们都有追求高阶身份与个人权威的动机。权位越高,话语之威信越高,影响与执行力度越大。大法官是什么?由于政治上的安排,他们不仅仅是断案止纷的“法官”而更像“行政官”,“都不是因为审判活动对法律和司法制度的贡献而出名”。<sup>(20)</sup>最高法院的政治属性以及一、二等级序列的高位荣誉,使其在

整个法院机制运行中的法律家角色淡化,充当着当局与当政意志的代言者。诚如左卫民所言“法院院长首先扮演着管理者与政治家角色,法律家角色则处于相对次要地位……”<sup>(21)</sup>他们拥有的最高职位身份所凸显的威信,通过文字与话语给地方法院带来的是言从、命令、落实等政策性司法标签。

## (二) 最低限度的适法共识:会议纪要

“司法的不统一”在法官个体中无非是彼此间缺乏聚合性与趋同性,使其主观意志在“裁量”或“能动”的掩饰下越发张扬。“……传达政策,执行政策都需要开会。所以,民间传说‘共产党的会多’,这实际是党依靠政策管理社会的一种表现。只要是依靠政策办事,开会就是必不可少的。”<sup>(22)</sup>以司法会议的组织形态,谋求法院间、法官个体间对疑难适法问题达成最低限度共识,进而统一裁判尺度,可谓是弥合法官经验差异的策略,也是中国司法会议治理的典型经验。“作为政治沟通的一个基本通道,会议制度不仅传递信息、发布行政指令,还具有政治决定、政治执行、政治动员与政治象征的功能。”<sup>(23)</sup>为什么司法政策的传达要通过会议?笔者认为,司法会议的直接功能在于它提供了一种政治参与的亲临感,更利于政策的层级执行。而且,以会议纪要统一释法的策略,源自《最高人民法院关于地方各级人民法院不应制定司法解释性文件的批复》,该批复提出代替司法解释性文件的办法之一,即“召开一定范围的会议,总结交流经验”。

那么,纪要的性质究竟为何?我们首先可以看到,最高法院的座谈会是各庭室召开的全国性专业会议。参与主体一般为分管审判业务的副院长、庭长,会议重点是“对审判实践中出现的具有普遍性的问题,而法律没有相关规定,司法解释也未能及时出台的,通过会议讲话加以明确、规范,统一执法尺度”。<sup>(6)380</sup>因而座谈会也将带有“准正统性”的释法属性。笔者以2011年最高法院办公厅发布的《全国民事审判工作会议纪要》(法办〔2011〕442号)为例说明。从行文语言看,该纪要使用了“此系内部文件,请勿外传”的表述。按照裁判文书引用法律等规范性文件的规定以及审判信息公开的原则,作为裁判依

<sup>①</sup> 如《最高人民法院副院长奚晓明在全国民事审判工作会议上的讲话(2007年)》;《最高人民法院常务副院长曹建明在全国人民调解工作会议上的讲话(2002年)》全文对《最高人民法院关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》进行了适用性解释《最高人民法院副院长万鄂湘在全国涉港澳商事审判工作座谈会上的讲话(2007年)》。

<sup>②</sup> 详细内容参见(美)查尔斯·赖特·米尔斯《权力精英》,王昆译,南京大学出版社2004年版,第1-2页。

据的规范性文件必须是公开的,因此类似于法办(2011)442号尚未公开的纪要不具有裁判依据的效力。同时根据最高法院2012年发布的《人民法院公文处理办法》第9条、第38条之规定,纪要适用于记载会议主要情况和议定事项;诉讼文书、司法解释等法院特定法律公文,依照法律、法规、司法解释的相关规定处理。从这两条规定分析,纪要当然也不属于司法解释的特殊形式。从条文序号使用等技术看,刘风景的研究认为,法条序号是法制系统中一项“多功能立法工具”,它至少具有构成、整合、表征、计量、查寻、引用、修改等7项功能。而纪要的序号采用一般公文而非法律条款式之立法技术编排,计量、查询、引用等多项功能缺失。另从《立法法》第61条<sup>①</sup>、《引用规定》第1条之规定看,纪要的序号设置不具有工具性的、便于直接引用的表达效果。也就是说,具有工具性效果的引用都是具体的法条,法律规则适用过程的外在表征即是对具体条款或其序号的引用。由此也说明纪要的设置刻意区别于司法解释等条款式文件,当然不排除规避“造法”之嫌。但从纪要内容看,除其作为一类公文必须使用的语言表述外(如“会议认为……”几乎是每段首句的惯用语),几乎与司法解释等文件的内容一样,如“《物权法》第191条第2款并非针对抵押财产转让合同的效力性强制性规定,当事人仅以转让抵押房地产未经抵押权人同意为由,请求确认转让合同无效的,不应予以支持。受让人因抵押登记未涂消无法办理物权转移登记而请求解除合同的,可予以支持……”也就是说,纪要的实质内容是与会者对新情况或疑难问题达成的、救济于当前期适法困境的多数意见,也是法官意见表达的共鸣策略或者说是意见交换的沟通结论。从这个意义上说,纪要也可谓是部分学者研究的“法学通说”——针对现行法律框架中某一具体法律适用问题,学术界和司法界经过一段时间的法律商讨而逐渐形成的,由多数法律人所持有的关于法规范解释和适用的法律意见<sup>②</sup>。

纪要虽然是最高法院的试验性规则治理手段,他们的本意也在于为下级法院供给裁判规则,并按其意志“贯彻”或“参照”执行,因而被法官普遍地使用<sup>③</sup>,有的甚至作为了“裁判依据”<sup>④</sup>。对于尚未从制定法中获取法源地位的纪要而作为裁判依据的现象,笔者无意评价实践的是非。但纪要仅仅是最高法院民主成分较低的暂时性策略,对它的适用最妥当的做法是严格按照《引用规定》,作为裁判理由的论证依据。这一司法技艺,也正如最高法院措词“参照”、“遵照”所表达的纪要本身的弱约束力和低分量属性。

#### 四、法律家撰文的制度形态:学术作品

司法解释虽具有正式法渊地位,但“试图通过立法化的司法解释来统一全国法院的法律适用,不仅管理成本高,而且效果也未必很好”。<sup>(24)</sup>法院官方出版物,不仅是一种信息表达和传播载体,更是补缺司法解释的应时性释法策略和政治控制手段。如最高法院主办的《行政执法与行政审判》、《知识产权审判指导》、《民事审判指导与参考》等出版物<sup>⑤</sup>,通过刊载起草司法解释的法官以“理解与适用”名义撰写的文章进行释法活动<sup>⑥</sup>。事实上,不少国家也通过该方式弥补司法解释的不足,如德国解释法律时“需要通过主要的(德国法)解释和专题论文乃至学生教科书才能完成……”<sup>(25)</sup>

波斯纳笔下的法官不是法律教授,与教授在工作条件、激励、约束、选择、眼界和社会角色上都不同<sup>⑦</sup>。但为什么会撰写学术文章?一方面,绩效考核制度与司法知识竞争的存在使得作为法律家的法官,偶尔需要扮演法学家的角色去从事类似“劳动力市场工人”所必须完成的工作任务。当然,这里的假设并未排除学者型法官、法官关心他是个“好”法官而追逐名誉的可能性。另一方面的指向是最高法院的大法官。他们撰文不单纯是追求业绩或荣耀,而是组织上的安排;是通过便捷低廉的途径,一则表达对疑难复杂、新型案件等问题的立场与见解,另则借由出版物的“党性”传输政治实体的意志,确保审判的“正确政治方

① 《立法法》第61条规定“法律根据内容需要,可以分编、章、节、条、款、项、目。编、章、节、条的序号用中文数字依次表述,款不编序号,项的序号用中文数字加括号依次表述,目的序号用阿拉伯数字依次表述。”

② 详细内容参见黄卉《论法学通说》,载《北大法律评论》编辑委员会编《北大法律评论(第12卷)》,北京大学出版社2011年版,第334页。

③ 如河南省新乡市中级人民法院(2013)新中民再字第32号民事判决书;海南省第二中级人民法院(2014)海南二中民二终字第75号民事判决书;江苏省高级人民法院(2014)苏商辖终字第00212号民事裁定书;福建省漳州市中级人民法院(2014)漳民终字第1407号民事判决书;云南省迪庆藏族自治州中级人民法院(2014)迪民终字第41号民事判决书。

④ 如大连市旅顺口区人民法院(2014)旅民初字第1637号、(2014)旅民初字第1800号民事判决书。

⑤ 如这些出版物会对司法解释、司法政策或请示答复等制定过程和适用予以再解释。

⑥ 学说不属于我国法的渊源,自然不能作为裁判依据。但2014年12月,南京市玄武区法院在审理安徽省华皖通信有限公司诉被告安徽宏图三胞科技发展有限公司买卖合同纠纷案时,在判决说理过程中援引了民法学者叶金强、刑法学者孙国祥、刘艳红在市法院举办的“经济犯罪案件中刑民交叉问题案例研讨会”中阐述的相关观点,这一先例值得我们深究。

⑦ 具体内容参见(美)波斯纳《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第188页。



向”。台湾学者杨仁寿在《法学方法论》中指出“法律不可能尽善尽美,其意义晦涩者有之,有待法官阐释;条文漏洞者有之,有待法官补充;情况变更者有之,有待法官为渐进的解释。”<sup>(26)</sup>这种“以文代法”的技艺,同样源于《最高人民法院关于地方各级人民法院不应制定司法解释性文件的批复》,该批复提出替代司法解释性文件的另一办法,即“对审判实践中遇到的具体问题,可写一些经验总结性的文章,供审判人员办案时参考。”

从笔者调研信息看,这类学术作品有著作和文章两类。从著作看,基本形成由最高法院大法官统筹主持(主编)、相关庭室业务骨干分工撰文的惯例,主要针对新近颁布的法律和司法解释的理解与适用问题以“最高”释法者的身份表达见解,如《xxx法的理解与适用》等出版物。学术文章也可谓数目可观。一种是实名文章,即最高法院法官以其真实姓名在《人民司法》、《法律适用》等刊物发表文章,这是主要类型。如《行政执法与行政审判》2013年第5集刊登了梁凤云法官的《论行政诉讼》、蔡小雪法官的《法院依职权调取的行政证明是否可复议》;还有司法解释的“理解与适用”类文章,如李广宇《〈关于行政诉讼撤诉若干问题的规定〉的理解与适用》、贺小荣《〈最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定〉的理解与适用》<sup>①</sup>;另一种是虚名文章,这类文章并非未署名,而是以虚构的署名实则代表最高法院。如最高法院《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》发布后,先后以“高民尚”署名在《人民法院报》发表系列文章《关于审理涉及金融不良债权转让案件的若干政策和法律问题(上、中、下)》;2006年,为解决委托理财案件中的法律适用问题,以“高民尚”在《人民法院报》发表系列文章《关于审理证券、期货、国债市场中委托理财案件的若干法律问题(上、中、下)》;2012年《民事诉讼法》修改后新司法解释出台前,为统一裁判口径,最高法院以“高民智”署名在《人民法院报》上先后发表《关于小额诉讼程序的理解与适用》、《关于民事公益诉讼的理解与适用》、《关于立案制度的理解与适用》等9篇关于新制度或程序适用的文章<sup>②</sup>。我们从这些作品的内容、时机发现,“我们认为……”的倾向性适法建议,这种技艺与其他策略相比,还对各种不同意见和最高法院的态度进行了充分论证。而且这种策略往往是在创制司法解释或司法政策尚不成熟之际的举措。官方的撰文释法,虽不能称其为通说,但已具有通说的雏形——在无法可依或法律有多种理解可能,通说可以为法官指明方向,减少论证负担,增强论证

说服力,甚至成为“代法”<sup>③</sup>。

### 五、代结语:通过非正规释法技艺的统一之道

最高法院为何会运用非正规技术策略统一适法?考量了哪些因素?笔者通过考察发现,选择何种策略实现统一适法目标,往往取决于该策略的相对成本、执行的可行性、供给司法解释再解释的应时性需求以及政治体制中司法权力的运作安排等等。

从法经济学层面解释非正规释法现象,涉及到交易成本的多寡。迪克西特的研究表明,法律制度、执法机构的构建及其良好运转,是一个缓慢而又昂贵的过程。发展中国家照抄照搬西方法律模式并不必要,而可以利用其他可供替代的制度推进它们的发展<sup>④</sup>。在中国法制建设初级阶段以及延续现今的许多领域,这种可供替代的制度即是政策的治理。依法治国的路线虽不大欢迎政策的膨胀化,但司法政策的成本收益函数关系的确是个前小后大的低投入工程。也正如诺思所说“除非创建新的制度安排所带来的私人收益可能超过成本,否则新的制度安排是不会被提出的。”<sup>(27)</sup>之所以出现司法政策这种替代策略,正是因为力图减少司法解释创制的知识成本、内部管理和外部协调成本<sup>⑤</sup>。司法政策是低成本策略,它的出台程序灵活性高、环节较少且无需全国人大常委会授权,节省了准立法程序的时间与效率成本,是一种“批量性”的产出工程。有研究表明,“随着经济生活的多元以及利益主体的多元,最高法院在制定司法解释过程中需要付出相当多的寻找信息费用、讨价还价和决策费用。实际上,最高法院每出台一件司法解释的成本越来越大,需要不断地和各种利益集团谈判,特别是民商经济方面的司法解释,由于涉及到的利益太多,其制定的成本相对来说要更高。”<sup>(28)</sup>这个意义上,包括立法解释在内的“立法后追加成本比较高的现象”<sup>①</sup>也解释了司法政策递增的时代趋势。

选择非正规的治理策略,还有降低司法解释执行

① 分别载于《人民法院报》2008年2月1日第6版、2015年1月29日第5版。

② 其它6篇文章分别为《关于实现担保物权案件程序的理解与适用》、《关于调解协议司法确认程序的理解和适用》、《关于案外人撤销之诉制度的理解与适用》、《关于再审审查程序的理解与适用》、《关于检察监督制度的理解与适用》、《关于民事执行法律监督制度的理解与适用》。

③ 详细论证参见黄卉《论法学通说》,载《北大法律评论》(第12卷),北京大学出版社2011年版,第349页。

④ 详细论证参见邢会强《政策增长与法律空洞化——以经济法为例的观察》,载《法制与社会发展》2012年第3期,第127页。

⑤ 详细论证参见侯猛《最高人民法院如何规制经济——外部协调成本的考察》,载《法商研究》2004年第6期,第58页。

不确定性风险的考量。因为有些适法的共识性看法仅仅是局部性的,而且按照这些共识审理案件的实际效果需要一定时间检验;同时,司法解释的创制需要一定数量较普遍的适法争议案例事实去抽象成文规则,比如民事诉讼法修改不久尚未发生适法争议案件的情势下,最高法院采用撰文释法的策略指导审判实践,也是考虑到创制司法解释时机尚未成熟。所以,若直接制定司法解释不仅面临“无源之水”的困境,也可能带来可执行性不强等问题。因而,先行以非正式的技术手段试行某些措施,在一定经验证明可行的基础上通过司法解释的形式推广于全局的策略,正是最高法院将司法政策作为制定司法解释的试验性过程之考量。如多数会议纪要都会作这样前瞻性地表述,“对纪要提出的一些意见,在充分积累经验并被证明切实可行时,最高人民法院将及时制定司法解释”。

从最高法院的功能定位看,选择非正规释法技艺还有规避指责、政治服从性、供给司法解释再解释应时性需求等考虑。最高法院多年以格式化与成文化的技术手段进行着抽象的立法活动,已受到诸多指责。虽然它并未公开声称这些活动具有“规则治理”之蕴意,但实际上已经是一个参与公共政策制定的机关。为缓解与立法机关的紧张关系,选择司法政策的非正式途径来替代司法解释对权利的重新配置。从最高法院的立场看,他们刻意将通过司法政策的释法技术与司法解释在外在表征和内容上作了区分<sup>②</sup>。而且以非正规技艺弥补司法解释的抽象、滞后、含糊性等弊端,也是一种便利、应时的“再解释”装置,可以随时回应既定时代社会与政策背景中的现实问题。

“政策过程是一系列的政治活动。”<sup>(29)</sup>正因为如此,“在像中国这样明显的管理型国家,可以看到司法制度的所有层面中都渗透着浓厚的政策实施色彩。”<sup>(7)19</sup>以《全国民事审判工作会议纪要》及最高法院副院长重要讲话为例,第一部分即是对民事审判工作坚持党的领导之阐述。如本次会议以“党的xx大和xx届x中全会精神为指针……”“民事审判要进一步增强党性观念,自觉接受党的领导……”等等。这也说明,“由于最高人民法院不能参与国家宏观政治导向的制定,执行这些宏观政治导向所体现出来的中心任务就成了最高人民法院在各个时期的主要社会治理方式”。<sup>(30)</sup>通过司法解释贯彻党的政策往往会存在较大时差,便利与应时的策略通常以会议讲话传达、动员的运动式策略展开。当然,从国家“法制统一”这个宏观政治效应看,各种形态的非正规释法策略都承载了这个任务,以最终实现政治人追求的法制统一目标。

① 在我国一元多层的立法体制下,为执行上位法各级执法机关的“立法具体化工作”所消耗的成本构成了立法后的追加成本。参见汪全胜《立法效益研究:以当代中国立法为视角》,中国法制出版社2003年版,第20页。

② 如在表现形态上,司法解释的名称统一使用“解释”、“规定”、“批复”和“决定”,字号采用“法释”;而司法政策的名称不具有规范性,多集中于意见、纪要、通知等,字号一般用“法发”字样。在实质内容方面,司法政策的多元创制主体会对司法解释进行再细化。司法解释的溯及力较为复杂,但司法政策一般不具有溯及力,不能依据新的司法政策对生效裁判申请再审。

## 参 考 文 献

- (1) [美] 乌戈·马太. 比较法律经济学 (M). 沈宗灵, 译. 北京: 北京大学出版社, 2005.
- (2) 刘春年. 司法精义——审判热点探究 (M). 北京: 人民法院出版社, 2003.
- (3) [美] 米尔顿·弗里德曼. 弗里德曼文萃 (M). 高榕, 范恒山, 译. 北京: 北京经济学院出版社, 1991.
- (4) 杨建军. 法治国家中司法与政治的关系定位 (J). 法制与社会发展, 2011 (5): 13-29.
- (5) [英] 罗杰·科特威尔. 法律社会学导论 (M). 潘大松, 等译. 北京: 华夏出版社, 1989.
- (6) 左卫民, 等. 最高法院研究 (M). 北京: 法律出版社, 2004.
- (7) [美] 米尔伊安·R·达玛什卡. 司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序 (M). 郑戈, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- (8) 郑智航. 最高人民法院如何执行公共政策——以应对金融危机的司法意见为分析对象 (J). 法律科学, 2014 (3): 11-24.
- (9) 袁明圣. 公共政策在司法裁判中的定位与适用 (J). 法律科学, 2005 (1): 59-65.
- (10) 胡亚球. 起诉权论 (M). 厦门: 厦门大学出版社, 2012.
- (11) [美] E·博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法 (M). 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.

- (12) 苏力. 市场经济对立法的启示 (J). 中国法学, 1996 (4): 24 - 32.
- (13) 汪全胜. 立法效益研究: 以当代中国立法为视角 (M). 北京: 中国法制出版社, 2003.
- (14) 祝婷, 白冰. 司法论证的运作调研——以部分法院为样本的实证分析 (M) // 陈金钊. 法律方法 (第 10 卷). 济南: 山东人民出版社, 2010.
- (15) [美] 奥斯特罗姆, 等. 制度分析与发展的反思——问题与抉择 (M). 王诚, 等译. 北京: 商务印书馆, 1992.
- (16) 郑智航. 中国指导性案例生成的行政化逻辑——以最高人民法院发布的指导性案例为分析对象 (J). 当代法学, 2015 (4): 118 - 125.
- (17) 景跃进. 中国的“文件政治” (M) // 北京大学国家发展研究院. 公意的边界. 上海: 上海人民出版社, 2013.
- (18) 赵钢, 刘学在. 我国法院行政化、企业化倾向之初步批判——以民事诉讼为切入点 (M) // 陈光中, 江伟. 诉讼法论丛 (第 7 卷). 北京: 法律出版社, 2002.
- (19) [美] 波斯纳. 法理学问题 (M). 苏力, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- (20) 侯猛. 最高法院大法官因何知名 (J). 法学, 2006 (4): 18 - 30.
- (21) 左卫民. 中国法院院长角色的实证研究 (J). 中国法学, 2014 (1): 5 - 25.
- (22) 蔡定剑, 刘丹. 从政策社会到法治社会——兼论政策对法制建设的消极影响 (J). 中外法学, 1999 (2): 7 - 12.
- (23) 谢岳. 试论会议制度的政治沟通功能 (J). 学习与探索, 2008 (4): 69 - 73.
- (24) 侯猛. 中国最高人民法院研究——以司法的影响力切入 (M). 北京: 法律出版社, 2007.
- (25) [英] 巴兹尔·马克西尼斯. 比较法: 法院与书院——近三十五年史 (M). 苏彦新, 胡德胜, 译. 北京: 清华大学出版社, 2008.
- (26) 杨仁寿. 法学方法论 (M). 北京: 法律出版社, 2000.
- (27) [美] 道格拉斯·诺思, 等. 西方世界的兴起 (M). 厉以平, 蔡磊, 译. 北京: 华夏出版社, 1989.
- (28) 侯猛. 最高法院规制经济的实证研究——以法院内部管理费用为分析视角 (J). 中外法学, 2005 (2): 203 - 215.
- (29) [美] 托马斯·戴伊. 理解公共政策 (M). 孙彩虹, 译. 北京: 北京大学出版社, 2008.
- (30) 时飞. 最高人民法院政治任务的变化——以 1950—2007 年最高人民法院工作报告为中心 (J). 开放时代, 2008 (1): 123 - 140.

( 本文责任编辑 刘克毅 )